



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

**A SUCESSÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO
SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO CONVECIONAL**

HENRIQUE FERREIRA COELHO

BRASÍLIA
2016

**Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito**

HENRIQUE FERREIRA COELHO

**A SUCESSÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO
SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO CONVECIONAL**

Monografia desenvolvida sob a orientação do Professor Doutor João Costa Neto como requisito para a conclusão do curso de Graduação em Direito na Universidade de Brasília.

**BRASÍLIA
2016**

COELHO, Henrique Ferreira. A Sucessão do cônjuge supérstite casado sob o regime da separação convencional.

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito para a Outorga do Grau de Bacharel em Direito.
Brasília, 05 de fevereiro de 2016.

Professor Dr. João Costa Neto
Professora Orientadora

Professor Mestre Thiago Luís Santos Sombra
Membro da Banca Examinadora

Professor Mestre Bruno Rangel Avelino
Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Canito José e Ruth Ferreira, pelo exemplo e apoio em todos os momentos.

Aos meus irmãos Lucas e Juliano.

Ao corpo docente desta Universidade por todo o aprendizado, em especial, ao Professor João Costa Neto, por ter despertado o meu interesse na matéria e aos professores Thiago Sombra e Bruno Rangel, membros desta banca.

RESUMO

Este trabalho faz uma análise sobre um ponto que é objeto de grande debate em nosso Código Civil, a saber: a sucessão do cônjuge, mais especificamente do cônjuge em concorrência com os descendentes quando casado sob o regime da separação convencional de bens. Diante de uma redação ambígua e pouco clara, surge intenso debate e posições antagônicas como será exposto.

O exame é feito tendo como norte a divergência jurisprudencial sobre o tema, tanto no âmbito estadual quanto federal. Para a compreensão é feito histórico sobre a evolução da posição do cônjuge em nosso direito sucessório. Perpassando o período anterior ao Código Civil de 1916 até o presente momento.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil – Direito das Sucessões – Sucessão Legítima – Sucessão do cônjuge – Concorrência sucessória – Regime da separação convencional.

SUMÁRIO

- A POSIÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE NO CC/2002.....	6
- DA SUCESSÃO DO CÔNJUGE.....	8
. 1ª EXCEÇÃO À CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE.....	9
. 2ª EXCEÇÃO À CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE.....	11
. 3ª EXCEÇÃO À CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE.....	14
- CONDIÇÕES PARA A SUCESSÃO DO CÔNJUGE.....	18
- DIREITO REAL DE HABITAÇÃO.....	20
- DA RESERVA DA QUARTA PARTE.....	22
- RESP 992.749/MS.....	24
- DIVERGÊNCIA NO STJ.....	34
- UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL.....	37
- CONCLUSÃO.....	39
- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	43

A posição do cônjuge sobrevivente no CC/2002

Para bem compreender a posição do cônjuge supérstite no Código Civil de 2002 cumpre fazer uma breve análise sobre a sua evolução histórica.

No direito civilista anterior ao Código Civil de 1916, o cônjuge herdava em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, após os colaterais. Estes eram chamados a suceder até o décimo grau o que, segundo os ensinamentos de Clóvis Beviláqua¹, se encontravam mais na condição de conterrâneos que de parentes, tão remoto era o grau de parentesco.

Dessa forma, dificilmente o cônjuge sobrevivente seria chamado a sucessão, já que sempre surgiria um parente colateral para reivindicar a herança do falecido. Esta injusta ordem sucessória perdurou até o advento da Lei 1.839 de 31 de dezembro de 1907, denominada de “Lei Feliciano Pena” em homenagem ao senador mineiro, que fixou o cônjuge na terceira classe, antes dos colaterais. Estes passaram a fazer parte da quarta classe, sendo chamados a sucessão até o sexto grau.

O Código Civil de 1916, manteve o cônjuge na 3ª classe na ordem de vocação hereditária, isto é, herdava apenas na ausência de descendentes e ascendentes. Por outro lado, mesmo na ausência de herdeiros da 1ª e 2ª classe, o autor da herança poderia deixar o cônjuge sem nada a receber caso firmasse um testamento que não dispusesse sobre o seu consorte. Isto porque o cônjuge era um herdeiro legítimo facultativo, ou seja, não protegido pelo instituto da legítima (art. 1.721 do CC/1916)².

Com o advento do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente assume uma posição sucessória privilegiada. A partir de então passa a ocupar a 1ª e a 2ª classe na ordem de vocação hereditária em concorrência com os descendentes e ascendentes, respectivamente. Na falta destes, herdará por inteiro (art. 1.838)³. Em complemento, o cônjuge supérstite passa

¹ Beviláqua, Clóvis. In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. Atualização de Carlos Roberto Barbosa Moreira. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.VI, p. 126.

² CC de 1916 - Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723).

³ CC de 2002 - Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

a ser herdeiro legítimo necessário (art. 1.845)⁴. Os colaterais mantiveram a sua posição na quarta classe, sendo chamados a sucessão apenas até o quarto grau. Vejamos a comparação do antigo regramento com o atual:

Direito anterior – Art. 1.603 do Código Civil de 1916

Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - Aos descendentes.

II - Aos ascendentes.

III - Ao cônjuge sobrevivente.

IV - Aos colaterais.

V - Aos Estados, ao Distrito Federal ou a União.

V - aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

Direito atual – Art. 1.829 do Código Civil de 2002

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, **em concorrência com o cônjuge sobrevivente**, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, **em concorrência com o cônjuge**;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

A respeito dessa alteração expõe Eduardo de Oliveira Leite que:

“É realmente a nova posição do cônjuge sobrevivente, na primeira e segunda classes dos sucessíveis legítimos necessários, ao lado dos descendentes e dos ascendentes do *de cujus*, e a consequente eliminação da sua colocação na terceira classe dos sucessíveis que marcam, decisivamente, o novo perfil do artigo 1.829”⁵.

Criticando essa nova posição do cônjuge no Código Civil de 2002 e apresentando uma visão mais conservadora, José de Oliveira Ascensão afirma que: “*esse grande reforço da posição sucessória do cônjuge surge*

⁴ CC de 2002 - Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267.

*paradoxalmente ao mesmo tempo em que se torna o vínculo conjugal cada vez mais facilmente dissolúvel. A posição do cônjuge é concebida como uma posição mutável, mesmo precária. Aquele, porém, que teve a sorte de ocupar posição de cônjuge na altura da morte, esse é que vai ter uma muito privilegiada proteção sucessória. Suceder como cônjuge entra na aleatoriedade. Por outras palavras, a lei só se preocupa em favorecer o vínculo conjugal depois de ele estar dissolvido. Ironicamente, dizemos que a lei tende a conceber o casamento como um instituto mortis causa*⁶.

Da sucessão do cônjuge

Inicialmente, cumpre ressaltar que o regramento contido no Código Civil de 2002 somente se aplica às sucessões abertas a partir do dia 11 de janeiro de 2003 (data do início da vigência da nova codificação civilista). Isto porque, no campo sucessório, se aplica a lei vigente ao tempo de abertura da sucessão, ou seja, ao tempo da morte do falecido. Este o teor do artigo 2.041 do Código Civil de 2002 (*in verbis*):

Art. 2.041. As disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916).

Para fins deste estudo, o foco de análise se deterá nas sucessões abertas a partir de 11 de janeiro de 2003.

Conforme prescrição do artigo 1.829, inciso II, do Código Civil, na falta de descendentes, o cônjuge herdará em concorrência com os ascendentes do autor da herança, independentemente do regime de bens. Já na falta de descendentes e ascendentes herdará por inteiro (art. 1.845). Nestas duas hipóteses não existem maiores controvérsias.

O grande problema surge na análise do inciso I do artigo 1.829, ou seja, na hipótese de concorrência dos descendentes com o cônjuge. Neste caso, teremos que analisar o regime de bens adotado no casamento com o falecido. Cumpre ressaltar que, diante da redação ambígua, referido inciso foi

⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil – Sucessões. Vol . 5. Coimbra, p. 343/344.

e ainda é objeto de diversos artigos e dissensos doutrinários e jurisprudencial. Nas palavras de Francisco Cahali:

“pouco clara, mas compreensível em sua literalidade, a exegese do artigo 1.829 em exame, porém, agita estudiosos e magistrados, instiga o debate e, então, faz emergir posições antagônicas. Assim, cria uma total insegurança ao destinatário da norma, pois não se sabe qual a posição que irá prevalecer”⁷.

De forma mais contundente, Sílvio de Salvo Venosa⁸ afirma que a redação do inciso I do art. 1.829 do CC/02 é tormentosamente terrível. Afirma ainda que em matéria de direito hereditário do cônjuge, assim como do convivente, o Código Civil de 2002 representa uma tragédia jurídica, um desprestígio e um despreparo do nosso meio jurídico e de nossos legisladores, tamanhas as impropriedades dos textos que afluem para perplexidades interpretativas e acrescenta que melhor será que seja reescrito e que se apague o que foi feito, como uma mancha na cultura jurídica nacional. Ressalta que o mal está feito e a lei está vigente, recomendando que ela seja aplicada da forma mais socialmente aceitável e adverte que injustiças e insegurança sociais serão inevitáveis.

Um desses pontos de divergência diz respeito ao caso da sucessão, ou não, do cônjuge supérstite quando casado com o falecido sob o regime de separação convencional de bens.

Passamos, então, a analisar o referido inciso.

O inciso I trás uma afirmação, a de que os descendentes sucederão em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Logo em seguida, trás uma série de hipóteses em que não ocorrerá a concorrência sucessória a depender do regime de bens, isto é, as exceções.

1ª Exceção à concorrência do cônjuge

A primeira delas diz respeito ao cônjuge casado com o falecido no regime de comunhão universal de bens. Entende-se que, neste caso, o

⁷ CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 192/193.

⁸ VENOSA, Sílvio de Sávio. *Código Civil Interpretado*, Ed. Atlas, São Paulo, 2010, p. 1.662.

cônjuge sobrevivente já se encontra devidamente resguardado materialmente, pois tem direito a meação de metade dos bens do casal.

Seguindo este entendimento:

CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUCESSÃO LEGÍTIMA. ART. 1.829, I, CC/02. **CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE COM OS DESCENDENTES. CASAMENTO NO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. EXCLUSÃO DO CÔNJUGE DA CONDIÇÃO DE HERDEIRO CONCORRENTE.** ATO DO JUIZ DETERMINANDO A JUNTADA AOS AUTOS DA HABILITAÇÃO E REPRESENTAÇÃO DOS HERDEIROS DESCENDENTES. NATUREZA. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. FUNDAMENTAÇÃO. DESNECESSIDADE.

- A nova ordem de sucessão legítima estabelecida no CC/02 incluiu o cônjuge na condição de herdeiro necessário e, conforme o regime matrimonial de bens, concorrente com os descendentes.

- **Quando casado no regime da comunhão universal de bens, considerando que metade do patrimônio já pertence ao cônjuge sobrevivente (meação), este não terá o direito de herança, posto que a exceção do art. 1.829, I, o exclui da condição de herdeiro concorrente com os descendentes.**

- O ato do juiz que determina a juntada aos autos da habilitação e representação dos herdeiros descendentes tem natureza de despacho de mero expediente, dispensando fundamentação, visto que não se qualificam, em regra, como atos de conteúdo decisório. Precedentes.

Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.

(RMS 22.684/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2007, DJ 28/05/2007, p. 319).

Neste ponto, cabe deixar claro que meação não se confunde com herança. Esta é um instituto de Direito das Sucessões que decorre da morte do falecido, enquanto que meação é instituto de Direito de Família, que é condicionado ao regime de bens adotado, tendo como base a autonomia privada dos consortes, que estão vivos.

O cônjuge já tem direito a meação na constância da sociedade conjugal, não lhe advindo *successionis causa*, mas por direito próprio. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, “a morte do cônjuge, nos regimes de comunhão, apenas põe termo ao estado de indivisão, permitindo sejam

*discriminados e individuados os bens sobre que incide a metade de cada um*⁹.

2ª Exceção à concorrência do cônjuge

A segunda exceção diz respeito ao cônjuge que era casado com o falecido sob o regime de separação obrigatória de bens. Ao mencionar esse regime, a codificação civilista faz remissão ao artigo 1.640, parágrafo único:

Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

Contudo, como podemos perceber, houve um equívoco por parte do legislador, já que o referido parágrafo único se aplica apenas ao caso da separação convencional, ou seja, aquela que decorre de pacto antenupcial. Na mesma linha, Flávio Tartuce ressalta que, *“para corrigir o que parece ser mais um cochilo legislativo, o antigo Projeto Ricardo Fiuza – atual PL 699/2011 – pretende alterar a menção constante do inciso I do art. 1.829 para o art. 1.641 da própria codificação”*¹⁰.

Hipótese diversa é a separação legal, isto é, aquela imposta por lei nas seguintes hipóteses:

Art. 1.641. É **obrigatório** o regime da separação de bens no casamento:

- I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento¹¹;
- II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos¹²;
- III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Direito das sucessões*. Atualização de Carlos Roberto Barbosa Moreira. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. VI. p. 119.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 7ª ed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v.6, p. 182.

¹¹ As hipóteses de causas suspensivas estão elencadas no art. 1.523 do CC de 2002.

¹² A idade foi alterada de 60 para 70 anos por meio da Lei 12.344/2010.

É importante registrar que o termo utilizado pela codificação, “separação obrigatória de bens”, sempre foi compreendido como sinônimo de separação legal de bens. Isto porque o próprio Código Civil de 2002, somente quando se refere às hipóteses de separação legal de bens, utiliza-se da expressão “obrigatória”.

Como bem lembrado por Thiago Luís Sombra, *“este entendimento provém, também, do originário art. 258 do Código Civil de 1916, que empregava o termo ‘obrigatório’ apenas quando elencava as hipóteses em que era imposto o regime da separação legal de bens”*¹³.

Código Civil de 1916 - Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

Parágrafo único. **É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:**

I. Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuto no art. 183, nºs XI a XVI (art. 216).

II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

III. Do órfão de pai e mãe, embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor, ou curador.

IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453).

Dessa forma, o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação legal não herdará. O que não significa que ficará desamparado já que, neste regime, comunicam-se os aquestos¹⁴. Assim dispõe a Súmula 377 do STF: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Este entendimento atende ao princípio da solidariedade e possui o intuito de se evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito ou sem causa de um consorte em prejuízo de outro.

¹³ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A evolução da proteção patrimonial dos cônjuges no Direito de Família: um estudo de caso do regime de separação de bens*. XXIV Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), Aracaju-SE, Junho de 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2635592>. Acesso em 09/10/15, p. 16.

¹⁴ Neste sentido: Maria Helena Diniz, Washington de Barros Monteiro, Orlando Gomes, Eduardo Espínola, Arnaldo Rizzardo, Vicente Ráo, Philadelpho de Azevedo, Francisco Morato, Cândido de Oliveira *in*: RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 594/596.

Deve-se esclarecer que, após o início da vigência do Código Civil de 2002, houve intenso debate sobre a permanência ou não da Súmula 377 do STF¹⁵. O STJ continua aplicando o enunciado, exigindo apenas a prova do esforço em comum. Nesta linha, recentes julgados:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. **SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS** (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). DISSOLUÇÃO. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. PARTILHA. **NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM**. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. Nos moldes do art. 258, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos (matéria atualmente regida pelo art. 1.641, II, do Código Civil de 2002), à união estável de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, impõe-se o **regime da separação obrigatória de bens**.

2. **Nessa hipótese, apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha.**

3. Embargos de divergência conhecidos e providos para negar seguimento ao recurso especial.

(REsp 1171820/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015)¹⁶.

CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA CONVIVÊNCIA. **NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO ESFORÇO**

¹⁵ Sobre esse debate ver: 1. Posição contrária a continuidade da aplicação da Súmula 377: CAHALI, Francisco José. *A Súmula 377 e o Novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens*. In: *Revista do Advogado* n. 76, Ano XXIV, junho/2004 da AASP, em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. Disponível em: <http://www.cahali.adv.br>. Acesso em 14/01/16. 2. Posição favorável: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito de Família*, 3ª Edição, São Paulo, Ed. Atlas S.A., 2003, v.6, p.176/177 e TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Volume 5. Direito de Família. São Paulo: GEN/Método.

¹⁶ Em julgamento anterior (REsp 1.171.820/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe de 27/4/2011), a 3ª Turma do STJ, considerou que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, devendo esse regime ser temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, **sendo presumido o esforço comum**, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. Contra este acórdão foram opostos os Embargos de Divergência acima expostos, já que a 4ª Turma do STJ, no REsp 649.259/RS, entendeu de forma diversa. Ao final, a 2ª Seção uniformizou o entendimento pela comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união sob o regime da separação, **desde que provado o esforço em comum**.

COMUM. PRECEDENTE. ALTERAR A CONCLUSÃO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA DE QUE NÃO HOUVE A DEMOSTRAÇÃO DO ESFORÇO COMUM NA AQUISIÇÃO DO PATRIMÔNIO. REEXAME DE PROVAS. NECESSIDADE. INCIDE A SÚMULA Nº 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Turma do STJ, por ocasião do julgamento do Recurso Especial no 1.403.419/MG, julgado aos 11/11/2014, da relatoria do Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, firmou o entendimento de que **a Súmula nº 377 do STF, isoladamente, não confere ao companheiro o direito de meação aos frutos produzidos durante o período de união estável independentemente da demonstração do esforço comum.**

2. Alterar a conclusão do Tribunal *a quo* de que não houve a comprovação do esforço comum na aquisição ou manutenção do patrimônio do ex-companheiro falecido demanda o reexame do conjunto fático-probatório do autos, o que não é possível de ser feito em recurso especial, a teor da Súmula nº 7 do STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 675.912/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 2/6/2015, DJe de 11/6/2015).

Pelo fato de não ter sido abrangida pela expressão “obrigatória”, na separação convencional de bens haveria concorrência sucessória entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes. Este também é o entendimento exposto pelo Enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil:

270 – Art. 1.829: **O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens** ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

3ª Exceção à concorrência do cônjuge

A terceira e última exceção trata da hipótese do cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens. Considerável parte da doutrina¹⁷

¹⁷ Nesse sentido: Christiano Cassettari, Eduardo de Oliveira Leite, Euclides Oliveira, Flávio Tartuce, Giselda Maria Fernandes Hironaka, Gustavo René Nicolau, Jorge Shiguemitsu

entende que se o autor da herança não houver deixado bens particulares, o cônjuge sobrevivente nada herdará. Este posicionamento se justifica na medida em que o cônjuge já possui direito à meação sobre os bens comuns. Dessa forma, na ausência de bens particulares, teremos uma hipótese que se aproxima com o regime da comunhão universal de bens.

Em sentido oposto, Maria Berenice Dias defende, tendo como norte o sinal gráfico de ponto-e-vírgula constante no inciso I, que o cônjuge herdará apenas no caso de o autor da herança não ter deixado bens particulares. Nestes termos aduz que no artigo 1.829, inciso I:

“é usado o sinal de pontuação ponto-e-vírgula, que tem por finalidade estabelecer um seccionamento entre duas ideias. Assim, imperioso reconhecer que a parte final da norma regula o direito concorrente quando o regime é o da comunhão parcial. Aqui abre a lei duas hipóteses, a depender da existência ou não de bens particulares. De forma clara diz o texto: no regime da comunhão parcial há a concorrência “se” o autor da herança não houver deixado bens particulares. A *contrario sensu*, se deixou bens exclusivos, o cônjuge não concorrerá com os descendentes”¹⁸.

Contudo, Maria Berenice Dias reconhece que a questão é problemática e roga para que “o legislador empreste uma redação mais clara ao novo instituto, única forma para se colocar na controvérsia um ponto final”¹⁹.

Ressalvado este entendimento diverso, os demais doutrinadores defendem que se o autor da herança tiver deixado bens particulares, o cônjuge herdará.

Ante a ausência de previsão expressa, surge intenso dissenso se herdará somente sobre os bens particulares (posição defendida pelo referido Enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil²⁰ e pelos seguintes

Fujita, José Fernando Simão, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, Mário Delgado, Rodrigo Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim e Zeno Veloso. Informações retiradas da tabela elaborada pelo professor Francisco Cahali in: CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 225 e 226.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Ponto e vírgula*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em 02/10/15, p. 1 e 2.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Ponto final*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em 02/10/15, p. 3

²⁰ 270 – Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da

doutrinadores: Eduardo de Oliveira Leite, Euclides de Oliveira, Flávio Tartuce, Giselda Hironaka, Gustavo René Nicolau, José Fernando Simão, Mário Delgado, Rolf Madaleno, Zeno Veloso²¹), sobre os bens comuns e particulares (Francisco Cahali, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Inácio de Carvalho Neto, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Helena Diniz)²² ou somente sobre os bens comuns (Maria Berenice Dias).

Sobre esta controvérsia jurídica, a 2ª Seção do STJ²³, uniformizou o entendimento no sentido de que o cônjuge sobrevivente, quando casado sob o regime da comunhão parcial possui direitos sucessórios somente sobre os bens particulares.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. HERDEIRO NECESSÁRIO. EXISTÊNCIA DE DESCENDENTES DO CÔNJUGE FALECIDO. CONCORRÊNCIA. ACERVO HEREDITÁRIO. EXISTÊNCIA DE BENS PARTICULARES DO *DE CUJUS*. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA.

1. Não se constata violação ao art. 535 do Código de Processo Civil quando a Corte de origem dirime, fundamentadamente, todas as questões que lhe foram submetidas. Havendo manifestação expressa acerca dos temas necessários à integral solução da lide, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte, fica afastada qualquer omissão, contradição ou obscuridade.

separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, **hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.**

²¹ Informações retiradas da tabela elaborada pelo professor Francisco Cahali *in*: CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 225 e 226.

²² Informações retiradas da tabela elaborada pelo professor Francisco Cahali *in*: CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 225 e 226.

²³ STJ, REsp 1.368.123/SP, 2ª Seção, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 22/04/2015, DJe: 08/06/2015. O entendimento foi por maioria. Os Ministros Raul Araújo (voto-vista), Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e João Otávio de Noronha votaram com o Ministro Sidnei Beneti. Voto vencido da Min. Nancy Andrichi. Lavrou o acórdão o Min. Raul Araújo em virtude da aposentadoria do Min. Sidnei Beneti.

2. Nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, **o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares.**

3. **A referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens particulares constantes do acervo hereditário do *de cujus*.**

4. Recurso especial provido.

(REsp 1.368.123/SP, Rel. Min. SIDNEI BENETI, Rel. p/Acórdão Min. RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/04/2015, DJe de 08/06/2015).

Nos termos do voto do Min. Sidnei Beneti, a solução se apoia no fato de que duas das três hipóteses legais de exclusão da concorrência (comunhão universal e comunhão parcial sem bens particulares) o fazem por considerar suficiente a meação dos aquestos para resguardar a situação patrimonial do cônjuge sobrevivente.

Se a própria lei cuidou de proibir que o cônjuge sobrevivente concorresse na sucessão dos bens que integram a meação do *de cujus*, reservando estes, com exclusividade aos descendentes, estaria pavimentado o caminho para que, em outras hipóteses, se seguisse o mesmo critério. Em outras palavras, a lei teria deixado implícita uma proibição de concorrência sobre os aquestos por considerar que, em relação a estes, a simples meação já é suficiente para assegurar a situação patrimonial do cônjuge. Prevaleceria, em Direito Sucessório, a máxima cunhada por MIGUEL REALE, coordenador e supervisor da comissão que elaborou o anteprojeto de Código Civil de 2002, segundo a qual *"quem é meeiro não deve ser herdeiro"*²⁴.

Ante todo o exposto a respeito da sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes, podemos constatar que a sistemática do Código Civil segue o seguinte raciocínio: quando o cônjuge for meeiro, não será herdeiro. Quando for herdeiro, não será meeiro. O intuito da regra de concorrência foi justamente a proteção do cônjuge desprovido de meação.

O que se buscou foi o resguardo do cônjuge sobrevivente, lhe assegurando um patrimônio mínimo necessário para o seu sustento. Este entendimento caminha no mesmo sentido da Teoria do Estatuto Jurídico do

²⁴ REALE, Miguel. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Nova Ordem de Vocação Hereditária e a Sucessão dos Cônjuges*, RT, 815, São Paulo, Set. 2003, p. 33.

Patrimônio Mínimo. Criada por Luiz Edson Fachin, busca garantir ao indivíduo um mínimo necessário para a sua existência de forma digna. Nesse sentido:

“(...) a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. Sendo a opção eleita assegurá-lo, a congruência sistemática não permite abolir os meios que, na titularidade, podem garantir a subsistência”²⁵.

Dessa forma, o cônjuge herdará a parte dos bens sobre a qual não tem direito de meação. É por esta razão que o cônjuge não herda no regime da comunhão universal e, no regime da comunhão parcial, a herança restringe-se aos bens particulares do falecido. Também por igual motivo, mesmo na concorrência com os descendentes, o direito sucessório do cônjuge engloba todo o patrimônio do falecido no regime da separação convencional de bens: isto porque não há direito de meação nesse regime patrimonial.

Condições para a sucessão do cônjuge

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.830, estabeleceu algumas condições para o cônjuge sobrevivente herdar isoladamente ou em concorrência:

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Para que o cônjuge supérstite tenha direitos sucessórios não pode estar separado judicialmente ao tempo da morte do seu consorte. Tampouco

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 232.

herdará caso esteja divorciado, já que não mantém mais nenhum vínculo familiar.

Além disso, não pode estar separado de fato por mais de dois anos, salvo prova de que a convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. Esta menção a culpa é criticada pelos doutrinadores, já que criaria uma espécie de culpa mortuária. Neste sentido, Rolf Madaleno afirma:

“Contudo, se ainda é possível entender, sem mais concordar, que possam os cônjuges desafetos eternizar suas disputas no ventre de uma morosa e inútil separação judicial causal, qualquer sentido pode ser encontrado na possibilidade aberta pelo atual codificador ao permitir, pelo atual art. 1.830 do Código Civil, que o cônjuge sobrevivente acione o Judiciário para discutir a culpa do esposo que já morreu. Abre a nova lei o exame da culpa funerária, ao prescrever que só conhece o direito sucessório do cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. É a pesquisa oficial da culpa mortuária passados até dois anos de fática separação, quando toda a construção doutrinária e jurisprudencial já vinha apontando para a extinção do regime de comunicação patrimonial com a física separação dos cônjuges, numa consequência de lógica coerência da separação objetiva, pela mera aferição do tempo, que por si mesmo sepulta qualquer antiga comunhão de vida”²⁶.

A esse respeito, pela primeira vez, o Superior Tribunal de Justiça se debruçou sobre a análise de quem caberia o ônus da prova da culpa pela separação de fato. Em recente julgado²⁷ (03 de novembro de 2015), a 4ª Turma do STJ, por unanimidade, decidiu que cabe ao cônjuge sobrevivente o ônus da prova e não de terceiros interessados.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. SEPARAÇÃO DE FATO HÁ MAIS DE DOIS ANOS. ART. 1.830 DO CC. IMPOSSIBILIDADE DE COMUNHÃO DE VIDA SEM CULPA DO SOBREVIVENTE. ÔNUS DA PROVA.

²⁶ MADALENO, Rolf. Concorrência sucessória e o trânsito processual. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br>. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

²⁷ STJ, REsp 1.513.252/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 03/11/2015, DJe 12/11/2015.

1. A sucessão do cônjuge separado de fato há mais de dois anos é exceção à regra geral, de modo que somente terá direito à sucessão se comprovar, nos termos do art. 1.830 do Código Civil, que a convivência se tornara impossível sem sua culpa.

2. Na espécie, consignou o Tribunal de origem que a prova dos autos é inconclusiva no sentido de demonstrar que a convivência da ré com o ex-marido tornou-se impossível sem que culpa sua houvesse. **Não tendo o cônjuge sobrevivente se desincumbido de seu ônus probatório, não ostenta a qualidade de herdeiro.**

3. Recurso especial provido.

(REsp 1513252/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 12/11/2015).

Nos termos do voto da relatora, Min. Maria Isabel Gallotti, os herdeiros do autor da herança devem provar que a separação de fato ocorreu há mais de dois anos. Acontecimento apto a afastar os direitos sucessórios do cônjuge. Por sua vez, diante desta comprovação, caberá ao cônjuge sobrevivente o ônus de demonstrar que a convivência se tornara impossível sem a sua culpa.

Seria um trabalho hercúleo exigir dos herdeiros, que desconhecem a vida íntima do casal, a prova do motivo que pôs termo ao casamento. Nesse mesmo pensar, o Min. Luis Felipe Salomão concluiu afirmando que o ônus deve recair sobre cônjuge sobrevivente se desejar participar da herança.

No caso em concreto, as provas foram inconclusivas, dessa forma, a 4ª Turma se posicionou na linha de que em caso de as provas não demonstrarem a culpa pelo fim da união, a dúvida deve beneficiar os herdeiros, ficando o cônjuge supérstite excluído da herança.

Direito real de habitação

O Código Civil ainda assegura ao cônjuge mais um direito sucessório, que estará presente independentemente se a sucessão for em concorrência com os descendentes (inciso I), com os ascendentes (inciso II) ou de forma solitária (inciso III).

Trata-se do direito real de habitação sobre o imóvel de residência do casal que se encontra disciplinado no art. 1.831 do Código Civil e tem o

intuito de assegurar o direito a moradia do cônjuge previsto no art. 6º da Constituição:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Referido direito é personalíssimo e lhe será garantido caso cumpra as condições impostas pelo art. 1.830 acima exposto (não estar separado judicialmente ou separado de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que a convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente).

Aberta a sucessão, a propriedade do imóvel será transferida aos sucessores por direito (ex.: aos filhos). Podendo o bem inclusive ser alienado a terceiros, desde que mantido a restrição real. Além disso, o direito real de habitação independe de registro imobiliário para o seu reconhecimento jurídico já que guarda afinidade com o Direito de Família.

No Código Civil de 1916, o direito real de habitação era assegurado apenas ao cônjuge casado sob o regime da comunhão universal:

Código Civil de 1916. Art. 1.611 - A falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.

(...)

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

A atual codificação civilista não faz nenhum condicionamento quanto ao regime de bens adotado pelo casal. Dessa forma, para se saber qual o regramento a ser aplicado, é necessário verificar se a morte do autor da herança se deu antes ou depois do início da vigência do Código Civil de 2002 (art. 1.787).

Da reserva da quarta parte

O Código Civil ainda prevê a reserva de pelo menos 25% da herança ao cônjuge sobrevivente nas hipóteses de concorrência com herdeiros que sejam também descendentes seus.

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

Caso concorra com 4 ou mais descendentes do autor da herança que também sejam seus descendentes, lhe será assegurado um piso de vinte e cinco por cento da herança. Os setenta e cinco por cento restante será repartido entre os descendentes. Nas palavras da professora Giselda Hironaka: *“trata-se de uma opção do legislador que se explica pela presunção legal de que a reserva da quarta parte apenas ao ascendentes dos descendentes comuns (ao falecido e ao sobrevivente) será, mais cedo ou mais tarde, deferida a estes descendentes, posto que serão eles os herdeiros do ascendente-herdeiro concorrente”*²⁸.

Caso a concorrência se dê apenas com descendentes do falecido que não descendam do cônjuge, a herança será repartida em cotas iguais, quantos forem os herdeiros. Dessa forma, não há que se falar em reserva da quarta parte.

O grande imbróglio surge na hipótese de concorrência do cônjuge com descendentes comuns (do falecido e do cônjuge sobrevivente) e os descendentes exclusivos do autor da herança. É a chamada hipótese híbrida.

Interessante notar que o legislador não previu essa situação muito embora seja ela comum em nossa sociedade. É frequente os casos de pessoas que já foram casadas anteriormente, inclusive com filhos da união

²⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *O sistema de vocação concorrente do cônjuge e/ou do companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos brasileiro e italiano*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano VII, n. 29, abr./maio, 2005, p. 54.

passada, que decidem formar uma nova família. Diante dessa situação, surgiram 3 propostas doutrinárias de solução²⁹.

A primeira delas defende que, na concorrência híbrida, os descendentes devem todos ser considerados como se também descendessem do cônjuge sobrevivente. Dessa forma, se assegura a reserva da quarta parte ao cônjuge. Este entendimento prejudica os descendentes exclusivos do autor da herança que receberiam um valor menor.

A segunda proposta entende que, na concorrência híbrida, os descendentes devem todos ser considerados como exclusivos do autor da herança. Por isso, não seria feita a reserva da quarta parte ao cônjuge. Esta proposta é criticada pela inobservância do espírito do legislador do Código Civil de proteger o cônjuge sobrevivente.

A terceira e última delas, defende a subdivisão proporcional do monte partível de acordo com a quantidade de descendentes de cada grupo. Nesse sentido, dividir-se-ia o monte em dois submontes, dos descendentes exclusivos e dos descendentes comuns, proporcionalmente ao número presente em cada um.

O submonte dos descendentes exclusivos seria dividido em quotas correspondente ao número de descendente exclusivo mais um (relativo a parte do cônjuge). Em seguida, dividir-se-ia o submonte dos descendentes comuns da mesma forma. Se a soma das quotas deferidas ao cônjuge supérstite (quota do submonte 1 mais a do submonte 2) for inferior a vinte e cinco por cento, abatecer-se-ia do submonte dos descendentes comuns até que se atingisse a reserva mínima de vinte e cinco por cento prevista pela parte final do artigo 1.832.

Podemos notar que esta terceira proposta, apesar de se mostrar como uma opção matematicamente conciliatória, também merece críticas, pois não atende ao comando do artigo 1.834 que determina que “os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes”³⁰.

²⁹ Propostas apresentadas em: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *O sistema de vocação concorrente do cônjuge e/ou do companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos brasileiro e italiano*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano VII, n. 29, abr./maio, 2005, p. 56-58.

³⁰ Art. 1.834. Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.

Esta opção acaba por tratar de forma diversa os descendentes comuns dos exclusivos do autor da herança.

Para Giselda Hironaka:

“não haveria solução matemática que pudesse atender a todos os dispositivos do Código Civil novo, o que parece reforçar a ideia de que há nele uma falha legislativa tão significativa que impede a solução, pelo viés singelamente interpretativo, da situação de concorrência do cônjuge sobrevivente com descendentes de origem híbrida. Bem por isso, e para evitar uma profusão de inadequadas soluções jurisprudenciais futuras, o ideal mesmo seria que o legislador ordinário revisse a construção legal do novo Diploma Civil brasileiro, para estruturar um arcabouço de preceitos que cobrissem todas as hipóteses, inclusive as hipóteses híbridas (como as tenho chamado), evitando o dissabor de soluções e/ou interpretações que corressem exclusivamente ao alvedrio do julgador ou do hermeneuta, mas desconsiderando tudo aquilo que, a princípio, norteou o ideal do legislador, formatando o espírito da norma”³¹.

REsp 992.749/MS

Contrariando o entendimento anteriormente exposto, em decisão inovadora, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de relatoria da Min. Nancy Andrighi³², entendeu que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional não tem direito nem a meação nem a herança. A decisão foi proferida por unanimidade. Os Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA) e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Ministra Relatora.

Neste julgado, argumentou-se que a separação obrigatória referida pelo inciso I do art. 1.829 do Código Civil é gênero que congrega duas espécies: separação convencional e legal. Na primeira, os nubentes se obrigam por meio de pacto antenupcial – contrato solene – lavrado por escritura pública, enquanto na segunda, a obrigação é imposta por meio de

³¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *O sistema de vocação concorrente do cônjuge e/ou do companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos brasileiro e italiano*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano VII, n. 29, abr./maio, 2005, p. 59.

³² STJ, REsp 992.749/MS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 01/12/2009, DJe 05/02/2010.

previsão legal. Neste ponto, a nobre julgadora trás trecho de artigo publicado por Miguel Reale no jornal 'O Estado de S. Paulo', logo após o início da vigência do novo Código Civil³³, em que afirma:

“duas são as hipóteses de separação obrigatória: uma delas é a prevista no parágrafo único do art. 1.641, abrangendo vários casos; a outra resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens. A obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão 'separação obrigatória' aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1.641”³⁴.

Aduziu que o art. 1.829, I, do Código Civil deve ser analisado dentro do contexto do sistema jurídico, de maneira harmônica com os demais que tratam na mesma temática e em observância aos princípios e diretrizes teóricas por ele englobado. Dessa forma, entender que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional é herdeiro, contrariaria o art. 1.687 (*in verbis*): “*estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real*”.

Afirmou que não se pode ter após a morte o que não se queria em vida. Dessa forma, expôs a relatora que a melhor interpretação é aquela que prima pela valorização da vontade das partes na escolha do regime de bens, mantendo-a intacta, assim na vida como na morte dos cônjuges.

Levantou ainda o princípio da boa fé objetiva, no seu aspecto de lealdade e honestidade, que seria ferido caso o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade no pacto antenupcial, fosse considerado herdeiro do autor da herança.

O referido acórdão recebeu a seguinte ementa:

Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública.

³³ Artigo publicado em 12 de abril de 2003.

³⁴ REALE, Miguel. *O Cônjuge no novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em 25/10/15.

Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência.

- Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espalha, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.

- Até o advento da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02.

- Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes.

- **O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância.**

- Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, **respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte.** Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.

- **Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02,** o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos.

(...)

- Por fim, **cumpra invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não**

pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública.

- O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade.

Recurso especial provido.

Pedido cautelar incidental julgado prejudicado.

(REsp 992.749/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 05/02/2010).

Inicialmente, cumpre destacar a situação fática objeto deste processo. Não houve longa convivência entre os consortes, mas um casamento que durou 10 meses. Além disso, quando do enlace matrimonial em segundas núpcias, o cônjuge varão possuía 51 anos de idade, já havia formado a totalidade de seu patrimônio e padecia de doença incapacitante (quadro de poliartrite e psoríase de difícil controle). Por sua vez, o cônjuge virago, tinha 21 anos de idade, ou seja, 30 anos mais nova que o seu consorte. O casamento foi realizado sob o regime da separação convencional de bens.

Diante das evidências de um suposto “golpe do baú”, acabou-se por desenvolver a tese acima exposta que afastou a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor herança quando casado sob o regime da separação convencional de bens.

Este mesmo entendimento passou a ser adotado por alguns acórdãos estaduais, dentre eles:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO PELO **REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. DESCABIMENTO DO DIREITO DE CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES NA SUCESSÃO LEGÍTIMA**. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.829, INC. I, DO CÓDIGO CIVIL. Da análise sistemática dos dispositivos constantes do Novo Código Civil, se extrai que o cônjuge supérstite casado pelo regime da separação convencional de bens não possui direito à

concorrência com os descendentes na sucessão legítima, com fulcro no art. 1.829, inciso I, do Código Civil. **Precedente do STJ (REsp 992.749/MS)**, com amparo em lição de Miguel Reale. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70054712559, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 29/08/2013). (TJ-RS - AI: 70054712559 RS , Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 29/08/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/09/2013).

Agravado de Instrumento Ação de Inventário. Insurgência contra decisão que atribuiu à cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do *de cujus*. Regime da separação convencional de bens. Pacto antenupcial - Inteligência do art. 1.829, I, do Código Civil, que se refere ao art. 1.640, parágrafo único, do mesmo diploma legal. Nubentes que, por livre manifestação da vontade, decidem pela incomunicabilidade de bens. **Precedente do STJ** - Presume-se a titularidade de metade ideal dos valores depositados em conta bancária conjunta por cada um dos condôminos. Recurso parcialmente provido. (TJ-SP, Relator: Luiz Antonio Costa, Data de Julgamento: 28/01/2015, 7ª Câmara de Direito Privado).

DIREITO DAS SUCESSÕES. PACTO ANTENUPCIAL. **SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS**. MORTE DO VARÃO. **CÔNJUGE SOBREVIVENTE NÃO É HERDEIRO NECESSÁRIO**. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1.639, 1.687 E 1.829, INCISO I, TODOS DO CÓDIGO CIVIL, AUTORIZA A CONCLUSÃO NO SENTIDO DE QUE O CÔNJUGE SOBREVIVENTE, NAS HIPÓTESES DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS, NÃO É ADMITIDO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO - STJ RESP Nº 1.111.095/RJ. (TJ-DF, Relator: ESDRAS NEVES, Data de Julgamento: 02/04/2014, 6ª Turma Cível).

Contudo, por se tratar de decisão que não possui caráter vinculante, também surgiram acórdãos estaduais diametralmente opostos que optaram por não adotar o posicionamento contido no REsp 992.749/MS:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DAS SUCESSÕES. VIÚVA. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE HERDEIRA NECESSÁRIA, POR IMPOSIÇÃO DO ART. 1829, I, DO CPC. **IMPOSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR A SEPARAÇÃO CONVENCIONAL COMO ESPÉCIE DO GÊNERO SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA**, ANTE O FLAGRANTE ANTAGONISMO

ENTRE OS TERMOS “CONVENÇÃO” E “OBRIGAÇÃO”. NORMA EXCEPCIONAL QUE, PORTANTO, NÃO COMPORTA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA, SOB PENA DE VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA. **PRECEDENTE DA 3ª TURMA DO STJ (REsp 992.749/MS) QUE, NÃO POSSUI CARÁTER VINCULANTE, TAMPOUCO TEVE O CONDÃO DE PACIFICAR A MATÉRIA ATINENTE À REGULAMENTAÇÃO DA SUCESSÃO PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002.** CASAMENTO DURADOURO (MAIS DE 25 ANOS), SITUAÇÃO FÁTICA DIAMETRALMENTE OPOSTA ÀQUELA DO JULGAMENTO DO EGRÉGIO STJ, ONDE SE APRECIOU UNIÃO COM DURAÇÃO DE APENAS 10 MESES. RELEVANTE CRÍTICA DOUTRINÁRIA AO PRECEDENTE DA CORTE SUPERIOR, GUARDADA A DEVIDA VÊNIA (CARLOS ROBERTO GONÇALVES – DIREITO CIVIL BRASILEIRO, VOLUME 7). SUCESSÃO LEGÍTIMA QUE, COMO INDICA A PRÓPRIA DENOMINAÇÃO, SEGUE A ORDEM LEGAL. PROTEÇÃO DO NOVO CÓDIGO AO CÔNJUGE, HERDEIRO NECESSÁRIO DA PARTE DO PATRIMÔNIO NÃO ALCANÇADA POR MEAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, CONFIRMANDO-SE A DECISÃO DE RECONHECIMENTO DA VIÚVA COMO HERDEIRA NECESSÁRIA. (TJ-RJ, Agravo de Instrumento 0036899-75.2012.8.19.0000, 6ª Câmara Cível, Rio de Janeiro, Rel. Desª CLAUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA).

ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM DESCENDENTES. CASAMENTO SOB O REGIME CONVENCIONAL DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1829, I, DO CÓDIGO CIVIL.

1. Demonstrada como relevante a questão de direito atinente à interpretação do art. 1.829, I, do CCB (concorrência do cônjuge supérstite, casado pelo regime da separação total de bens, com os descendentes do de cujus), e havendo interesse público na assunção de competência, pela necessidade de pacificar o tratamento que vem recebendo, sopesado o antagonismo das interpretações adotadas nas Câmaras competentes para o exame da matéria, imperioso o julgamento do recurso pelo 4º Grupo, órgão jurisdicional colegiado de maior hierarquia indicado pelo Regimento Interno da Corte. Observância dos arts. 555, § 1º, do CPC, 13, II, 'b', e §§ 1º e 2º, e 169, XXXII, do RITJRS e 1º, III e parágrafo único, da Emenda Regimental nº 06/2005.

2. O cônjuge supérstite, casado pelo regime da separação convencional de bens, concorre com os descendentes aos bens deixados pelo falecido, por força do disposto no art. 1.829, I, CCB. Enunciado nº 270 da III Jornada de Direito Civil do CJF. À UNANIMIDADE,

RECONHECERAM O INTERESSE PÚBLICO NA ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA E NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Uniformização de Jurisprudência Nº 70062220777, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 31/10/2014). (TJ-RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 31/10/2014, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis).

Embora os julgadores, na análise do REsp 992.749/MS, tenham buscado uma decisão mais justa ao caso em análise, entendemos que a tese construída não merece prosperar pelos fundamentos a seguir expostos.

Quanto ao entendimento de que a separação obrigatória é gênero que congrega duas espécies, a separação legal e a convencional, tal ponto de vista não merece prosperar. Na separação convencional, os cônjuges livremente adotam tal regime mediante pacto antenupcial. Diversa é a hipótese da separação obrigatória que decorre de imposição legal. Frise-se que a própria nomenclatura é antagônica, ou seja, o que é obrigatório não pode ser objeto de convenção.

O que se pode afirmar é que “separação de bens” é gênero que congrega as duas espécies: separação legal/obrigatória e separação convencional. Como anteriormente exposto, o código é cristalino ao utilizar a expressão “obrigatória” apenas quando se refere às hipóteses de separação legal, se não vejamos:

Art. 1.641. É **obrigatório** o regime da separação de bens no casamento:

- I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
- II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
- III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Além disso, o próprio Miguel Reale, em sua honestidade intelectual, reconhece, no artigo mencionado pela Min. Nancy Andrighi, que o entendimento de que a separação é gênero que abrange as duas espécies (convencional e legal) só poderia se firmar diante da retirada do termo “obrigatória”:

“Se, no entanto, apesar da argumentação por mim aqui desenvolvida, ainda persistir a dúvida sobre o inciso I do artigo 1.829, o remédio será emendá-lo,

eliminando o adjetivo "obrigatória". **Com essa supressão o cônjuge sobrevivente não teria a qualidade de herdeiro, "se casado com o falecido no regime de comunhão universal, ou no de separação de bens".** Aproveitar-se-ia, outrossim, a oportunidade para eliminar a errônea remissão ao parágrafo único do artigo 1.640³⁵.

Em complemento, Carlos Alberto Dabus Maluf defende que:

“se o próprio articulista entende que deverá haver uma alteração legislativa para deixar claro que o cônjuge casado no regime de separação convencional de bens não é herdeiro necessário, nos é lícito concluir que, enquanto não ocorrer a alteração por ele proposta, o cônjuge que convolou núpcias no regime da separação convencional de bens é sim herdeiro necessário. De mais a mais, a norma em debate é clara e *in claris cessat interpretatio*. Assim, concluímos que o cônjuge sobrevivente casado no regime da separação convencional de bens é herdeiro necessário, não estando abrangido pelas exceções previstas no inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 e que só perderá ele esta condição quando ocorrer uma alteração legislativa eliminando o adjetivo obrigatória”³⁶.

A mesma crítica também é feita por Carlos Roberto Barbosa Moreira que, ao atualizar as Instituições de Direito Civil de Caio Mário da Silva Pereira, afirma ser *“infeliz o acórdão da 3ª Turma do STJ (de 01º.12.2009) no REsp. nº 992.749-MS, que interpretou a expressão ‘separação obrigatória’ como se abrangesse a separação convencional”*³⁷.

Tampouco podemos afirmar que haveria uma antinomia entre os artigos 1.829, inciso I e o artigo 1.687. Isto porque disciplinam matérias diversas. O artigo 1.687 se insere no âmbito do Direito de Família, por isso, encontra-se situado no Livro IV – Do Direito de Família, Título II – Do Direito Patrimonial, Subtítulo I – Do Regime de Bens Entre os Cônjuges, Capítulo VI - Do Regime de Separação de Bens. Já o artigo 1.829 se insere no âmbito do Direito das Sucessões, por isso, encontra-se situado no Livro V – Do

³⁵ REALE, Miguel. *O Cônjuge no novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em 25/10/15.

³⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A sucessão do cônjuge sobrevivente casado no regime da separação convencional de bens*. In: Revista do Tribunal Regional Federal: 3ª Região, n. 76, mar./abr. 2006, p. 45/46.

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Direito das sucessões*. Atualização de Carlos Roberto Barbosa Moreira. 21ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. VI. p. 132.

Direito das Sucessões, Título II – Da Sucessão Legítima, Capítulo I – Da Ordem da Vocação Hereditária.

A afirmação de que não se pode ter após a morte o que não se queria em vida sob pena de se invadir a autonomia privada também não merece prosperar. Nesse ponto temos uma confusão entre os conceitos de regime de bens e de sucessão hereditária. Cabe esclarecer que a morte põe fim não apenas a sociedade conjugal (art. 1.571, I do Código Civil)³⁸, mas também ao regime de bens. Este atuará como condicionante da concorrência do cônjuge com os descendentes somente na forma como disciplinado pelo Livro V do Código Civil, em observância ao princípio da especialidade.

Nesse sentido as palavras do professor José Rogério Cruz e Tucci ao afirmar que:

“Excluir o direito à herança do cônjuge casado sob o regime da separação convencional ao argumento de que o pacto antenupcial tem eficácia *post mortem* atenta contra o próprio modelo jurídico da sucessão do cônjuge. E, mais do que isso, amplia a eficácia do pacto para muito além do razoável, imprimindo-lhe uma força normativa consentânea com a visão altamente privatista do sistema, há muito superada: o cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens não teria direito à herança porque *pacta sunt servanda*. Eis o inominável paradoxo desta linha de argumentação”³⁹.

Na concorrência do cônjuge com os ascendentes do falecido, não existe nenhuma restrição. O cônjuge sobrevivente herdará independentemente da vontade das partes na escolha do regime de bens quando do enlace matrimonial. O mesmo podemos dizer na ausência de descendentes e ascendentes.

Dessa forma, com o devido respeito ao entendimento diverso, entendemos não se sustentar a tese de que o regime de bens estipulado obriga as partes na vida e na morte. Isto porque o Código Civil é claro ao estabelecer de modo diverso tanto na concorrência com os ascendentes quanto na ausência de sucessores da 1ª e 2ª classe. Bem como no direito

³⁸ Art. 1.571. A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges (...).

³⁹ TUCCI, José Rogério Cruz. *Paradoxo da corte. Jurisprudência sobre sucessão do cônjuge é instável*. Artigo publicado na Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-10/paradoxo-corte-jurisprudencia-sucessao-conjuge-instavel>. Acesso em 06/10/15.

real de habitação que é conferido ao cônjuge sobrevivente independentemente do regime de bens (art. 1.831)⁴⁰.

Além disso, seria no mínimo contraditório defender que, mesmo o Código tendo ampliado a proteção do cônjuge sobrevivente, garantindo ao casado pelo regime da comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, mesmo quando forem os únicos deixados pelo falecido e incomunicáveis na constância do matrimônio, não tivesse concedido o mesmo direito sucessório àquele casado sob o regime da separação convencional. Isto porque em ambas as hipóteses, o acervo hereditário é composto apenas por bens particulares do falecido.

Divergência no STJ

A respeito do tema, a 4ª Turma do STJ, ao julgar o REsp 1.111.095/RJ que, embora trata-se de matéria diversa, análise das regras de direito intertemporal aplicáveis a espécie em decorrência da entrada em vigor do novo Código Civil, também já havia expressado o mesmo entendimento exposto pela 3ª Turma, no sentido de que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional de bens nada herdaria.

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. PACTO ANTENUPCIAL. SEPARAÇÃO DE BENS. MORTE DO VARÃO. VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. ATO JURÍDICO PERFEITO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. HERDEIRO NECESSÁRIO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA.

1. O pacto antenupcial firmado sob a égide do Código de 1916 constitui ato jurídico perfeito, devendo ser respeitados os atos que o sucedem, sob pena de maltrato aos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva.
2. Por outro lado, ainda que afastada a discussão acerca de direito intertemporal e submetida a questão à regulamentação do novo Código Civil, prevalece a vontade do testador. Com efeito, **a interpretação sistemática do *Codex* autoriza conclusão no sentido de que o cônjuge**

⁴⁰ Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, **qualquer que seja o regime de bens**, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

sobrevivente, nas hipóteses de separação convencional de bens, não pode ser admitido como herdeiro necessário.

3. Recurso conhecido e provido.

(REsp 1.111.095/RJ, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 11/02/2010).

Contudo, a própria 3ª Turma, em julgamento posterior (23 de outubro de 2014), adotou posicionamento diverso daquele anteriormente exposto. Na análise do REsp nº 1.472.945/RJ⁴¹, a colenda 3ª Turma entendeu que o cônjuge casado sob o regime da separação convencional é sim herdeiro necessário. O julgado recebeu a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. INVENTÁRIO E PARTILHA. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. PACTO ANTENUPCIAL POR ESCRITURA PÚBLICA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. CONCORRÊNCIA NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA COM DESCENDENTES. CONDIÇÃO DE HERDEIRO. RECONHECIMENTO. EXEGESE DO ART. 1.829, I, DO CC/02. AVANÇO NO CAMPO SUCESSÓRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL.

1. O art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 confere ao cônjuge casado sob a égide do regime de separação convencional a condição de herdeiro necessário, que concorre com os descendentes do falecido independentemente do período de duração do casamento, com vistas a garantir-lhe o mínimo necessário para uma sobrevivência digna.

2. O intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511 do Código Civil) conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social.

3. O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial.

⁴¹ STJ, REsp 1.472.945/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Villas Bôas Cueva, julgado em 23/10/2014, DJe: 19/11/2014.

4. O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço no direito de família, a vida em comum. As situações, porquanto distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade patrimonial não se perpetua *post mortem*.

5. **O concurso hereditário na separação convencional impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, especialmente porque o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art. 1.829, I, do Código Civil.**

6. **O regime da separação convencional de bens escolhido livremente pelos nubentes à luz do princípio da autonomia de vontade (por meio do pacto antenupcial), não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, que é imposto de forma cogente pela legislação (art. 1.641 do Código Civil), e no qual efetivamente não há concorrência do cônjuge com o descendente.**

7. Aplicação da máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988).

8. **O novo Código Civil, ao ampliar os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurou ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que os únicos deixados pelo falecido, direito que pelas mesmas razões deve ser conferido ao casado pela separação convencional, cujo patrimônio é, inexoravelmente, composto somente por acervo particular.**

9. Recurso especial não provido.

(REsp 1.472.945/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 19/11/2014).

É importante destacar que a composição da 3ª Turma já era totalmente diversa da observada no julgamento do REsp 992.749/MS⁴². Na análise do REsp 1.472.945, o Relator foi o Min. Villas Bôas Cueva que foi acompanhado pelos Ministros Marco Aurélio Bellizze, João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino. Apresentou voto divergente o Min. Moura Ribeiro.

⁴² O julgamento do REsp 992.749/MS teve como relatora a Min. Nancy Andrighi que foi acompanhada pelos Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA) e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS). Diversamente do julgamento do REsp 1.472.945/RJ que foi analisado apenas por membros efetivos da corte.

A parte recorrente trouxe como embasamento do seu pedido justamente o precedente de lavra da Ministra Nancy Andrighi que afastou o cônjuge sobrevivente da condição de herdeiro necessário. Entretanto, o Ministro Villa Bôas Cueva entendeu que o cônjuge casado sob o regime da separação convencional é sim herdeiro necessário pelos fundamentos a seguir expostos.

Destacou-se que o Código Civil carrega uma indisfarçável intenção do legislador de proteger o cônjuge sobrevivente. A sua alçada a categoria de herdeiro necessário reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório. Dessa forma, não se mostra viável uma interpretação diversa sob pena de se violar o princípio da vedação ao retrocesso social.

Aduziu que o pacto antenupcial somente pode dispor sobre a comunicação ou não de bens e o modo de administração do patrimônio no curso do casamento, não podendo invadir, por óbvio, outras searas, dentre as quais destaca-se a do direito sucessório, cujo fato gerador é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço, a vida em comum. As situações, por serem distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade.

Afirmou ainda que o concurso hereditário, na separação convencional, impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, porquanto disposição legal absoluta, à luz do art. 1.655 do Código Civil⁴³. Válido lembrar, ainda, que a convenção sobre herança de pessoa viva é também vedada pelo ordenamento jurídico (*pacta corvina* - art. 426 do Código Civil⁴⁴).

Uniformização jurisprudencial

Diante da destacada divergência jurisprudencial, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça uniformizou o entendimento sobre o tema, finalmente assumindo o seu papel, constitucionalmente previsto, de assegurar a aplicação uniforme da lei federal.

⁴³ Art. 1.655. É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.

⁴⁴ Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

Na análise do REsp nº 1.382.170/SP⁴⁵, a 2ª Seção consolidou o entendimento de que o cônjuge casado pelo regime da separação convencional é sim herdeiro necessário. O relator originário, Ministro Moura Ribeiro ficou vencido.

A divergência inaugurada pelo Min. João Otávio de Noronha foi acompanhada pelo Ministros Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e Marco Aurélio Bellizze.

CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. **REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE.** ART. 1.829, I, DO CC.

1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil).

2. **No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil.** Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil.

3. Recurso especial desprovido.

(REsp 1.382.170/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/04/2015, DJe 26/05/2015).

Em síntese, o Ministro Moura Ribeiro, em seu voto divergente, defendeu que a melhor exegese é aquela que entende não ser possível a alteração dos efeitos jurídicos do regime matrimonial *post mortem* na separação convencional de bens, devendo ser mantida a coerência ante a vontade manifestada pelos cônjuges durante a vida em comum.

Nesse sentido, defendeu que não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência

⁴⁵ STJ, REsp 1.382.170/SP, 2ª Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/04/2015, DJe: 26/05/2015. O feito foi afetado na sessão de julgamento da Terceira Turma no dia 18/11/2014 para que a interpretação do art. 1.829, I, do CC/02 pudesse ter entendimento pacificado no âmbito da 2ª Seção, considerando a existência de precedentes divergentes nas Turmas julgadoras (Resp 992.749/MS, REsp 1.472.945/RJ e REsp 1.111.095/RJ).

sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Destacando que a interpretação sistemática do Código Civil autoriza esta conclusão.

Por sua vez, o Min. João Otávio de Noronha esclareceu que “quem determina a ordem da vocação hereditária é o legislador. Ele pode construir um sistema para a separação em vida diverso do da separação por morte. E ele o fez. O legislador estabeleceu um sistema para a partilha dos bens por *causa mortis* e outro sistema para a separação em vida decorrente do divórcio. O legislador distinguiu. Então, a interpretação aqui é sistemática sim, mas dentro dos respectivos sistemas”⁴⁶.

Conclui afirmando que: “se a lei fez algumas ressalvas quanto ao direito de herdar em razão do regime de casamento ser o de comunhão universal ou parcial, ou de separação obrigatória, não fez nenhuma quando o regime escolhido for o de separação de bens não obrigatório, de forma que, nessa hipótese, o cônjuge casado sob tal regime, bem como sob comunhão parcial na qual não haja bens comuns, é exatamente aquele que a lei buscou proteger, pois, em tese, ele ficaria sem quaisquer bens, sem amparo, já que, segundo a regra anterior, além de não herdar (em razão da presença de descendentes) ainda não haveria bens a partilhar”⁴⁷.

Conclusão

Durante dezenas de anos vigeu no país, como regime legal de bens, o da comunhão universal, em que o cônjuge sobrevivente não concorria na herança, por já ser meeiro e, por isso, já se encontrar materialmente resguardado. Contudo, com a Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977) o regime legal passou a ser o da comunhão parcial.

Com o advento do novo regime legal de bens, o cônjuge desprovido de recursos corria o risco de nada herdar no tocante aos bens particulares do

⁴⁶ Trecho retirado do voto do Min. João Otávio de Noronha. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47872480&num_registro=201301311977&data=20150526&tipo=64&formato=PDF. Acesso em: 23/01/2016.

⁴⁷ Trecho retirado do voto do Min. João Otávio de Noronha. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47872480&num_registro=201301311977&data=20150526&tipo=64&formato=PDF. Acesso em: 23/01/2016.

falecido, cabendo a herança por inteiro aos descendentes ou ascendentes. Na hipótese de não existir bens comuns, o cônjuge ficaria totalmente desamparado. Dessa forma, nasceu a necessidade de dar uma especial atenção aos direitos do cônjuge em matéria sucessória. O intuito de criação da regra de concorrência, embora tenha criado grande insegurança jurídica, foi justamente a proteção do cônjuge desprovido de meação⁴⁸.

Essa valorização do cônjuge se inicia em 1907 com a Lei Feliciano Pena (Lei 1.839 de 31 de dezembro de 1907). No espaço de menos de um século (1907 a 2002), o cônjuge deixou de figurar na quarta classe da ordem de vocação hereditária – chamado a sucessão apenas após os parentes colaterais – para figurar juntamente com os descendentes (na primeira classe), com os ascendentes (na segunda classe) ou de forma solitária (quando não houver descendentes, nem ascendentes).

De acordo com a sistemática do novo Código Civil, o cônjuge foi ainda alçado à condição de herdeiro necessário (art. 1.845), o que nunca havia ocorrido na história da sucessão legítima no Direito brasileiro.

A inserção do cônjuge nos dois primeiros incisos do art. 1.829 do Código Civil de 2002 corresponde ao reconhecimento legal da necessidade de se proporcionar maior tutela ao indivíduo que até o fim da vida do autor da herança foi aquele que dividiu alegrias e tristezas, sucessos e fracassos, felicidade e frustração, em síntese, aquele que compartilhou a vida do falecido e que, mesmo depois da morte deste, merece tutela jurídica no campo patrimonial. O que se está a afirmar é que o vínculo conjugal, a afeição e a intimidade entre marido e mulher (que também se aplica às uniões homossexuais) não são inferiores aos da consanguinidade.

Nesse sentir, entendemos que a interpretação que prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça se mostra acertada e em harmonia com um Direito Civil constitucionalizado, com forte carga solidarista. Nas palavras de Guilherme Gama: *“o Direito Civil não pode mais ser analisado sob a ótica individualista, patrimonialista, tradicional e conservadora-elitista do período*

⁴⁸ Nesse sentido: REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 18.

das codificações oitocentistas – do qual o Código Civil brasileiro de 1916 é exemplo mais próximo”⁴⁹.

O Código de 1916 apresentava nítido espírito individualista, sumamente influenciado pelos ideais e valores liberais, em claro tratamento secundário – quase subalterno – das situações jurídicas existenciais. Já o Código Civil de 2002 busca a implementação dos princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade.

O espírito do novo Código, no Livro V – Do Direito das Sucessões -, é de prestigiar a família do autor da sucessão, cumprindo estritamente o disposto no art. 226, *caput*, da Constituição Federal, no sentido de o Estado tutelar especialmente as famílias constitucionais e, entre elas, aquelas relacionadas à conjugalidade (em virtude de casamento e companheirismo).

Muito embora o Livro V contenha diversos pontos ambíguos e com uma redação discutível, cabe ao jurista interpretá-lo de forma sistemática e harmônica. Nesse sentido, temos:

“o papel do jurista como construtor de um sistema normativo harmônico e hierarquizado, em oposição ao descompromisso do legislador com a coerência lógica desse mesmo sistema, sustentamos competir ao jurista, ou seja, àquele que vai elaborar os enunciados e as proposições jurídicas que nortearão o aplicador da norma, através de um processo de criação epistemológico, desemaranhar o cipoal legislativo, solucionando as eventuais antinomias, reais ou aparentes, suprimindo as lacunas e harmonizando o sistema, tendo por parâmetros, além da Constituição Federal e da LICC, os diversos processos interpretativos (gramatical, lógico, sistemático, histórico e teleológico), que não se excluem, mas se complementam na busca do sentido e do alcance da norma; e os princípios estruturantes ou as diretrizes fundamentais do Código Civil, consubstanciados nos pilares da socialidade, eticidade e operabilidade”⁵⁰.

Acreditamos que o STJ tenha interpretado a norma de modo a preservar ao máximo a lógica e a unidade do sistema. O artigo 1.829, inciso I

⁴⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano VII, n. 29, p. 11-25, abr./maio, 2005.

⁵⁰ DELGADO, Mário Luiz. *Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o código civil?* In: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano VII, n. 29, abr./maio, 2005, p. 193.

fez algumas ressalvas quanto a concorrência sucessória do cônjuge a depender do regime de bens. Contudo, não fez nenhuma quando o regime escolhido for o da separação convencional de bens.

O intuito da norma foi justamente o de proteger o cônjuge que ficaria sem nada a receber por também não ter direito a meação. Essa também é a hipótese da sucessão do cônjuge casado sob comunhão parcial na qual não haja bens comuns. Segue-se a linha de que quando o cônjuge for meeiro, não será herdeiro. Quando for herdeiro, não será meeiro. Dessa forma, assegura-se um patrimônio mínimo para uma existência digna do cônjuge sobrevivente.

Diversos outros autores de renome seguem a mesma posição adotada pelo STJ, entre os quais se destacam Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*, vol. VI, 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 132/133); Maria Helena Diniz (*Direito das Sucessões*, 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 113); Fábio Ulhoa Coelho (*Curso de Direito Civil*, vol. 5, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 259/260); Luiz Paulo Vieira de Carvalho (*Direito Civil: questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões*, 3ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 283).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Sucessões*. Vol . 5. Coimbra;

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Campinas: Red livros, 2000;

CAHALI, FRANCISCO JOSÉ. *A Súmula 377 e o Novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens*. In: *Revista do Advogado* n. 76, Ano XXIV, junho/2004 da AASP, em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. Disponível em: <http://www.cahali.adv.br>. Acesso em 14/01/16;

CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014;

COSTALUNGA, Karine. *O art. 1.829 do Código Civil e a Constituição: proposta de uma análise estrutural e axiológica*. In: *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. Coordenação: Mario Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. Série Grandes Temas de Direito Privado – Vol. 3ª ed. São Paulo: Método, 2006;

DELGADO, Mário Luiz. *Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Uma proposta de harmonização do sistema*. In: *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. Coordenação: Mario Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. Série Grandes Temas de Direito Privado – Vol. 3. São Paulo: Método, 2006;

_____. *Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o código civil?* In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano VII, n. 29, p. 191-222, abr./maio, 2005;

DIAS, Maria Berenice. *Ponto e vírgula*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em 02/10/15;

_____. *Ponto Final*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em 02/10/15;

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano VII, n. 29, p. 11-25, abr./maio, 2005;

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano VII, n. 29, p. 88-127, abr./maio, 2005;

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes (Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica em face da previsão contida na regra estampada na nova legislação civil pátria, o Código Civil de 2002)*. In: Questões controvertidas no novo Código Civil. Coordenação: Mario Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. Série Grandes Temas de Direito Privado – Vol. 1. São Paulo: Método, 2006;

_____. *O sistema de vocação concorrente do cônjuge e/ou do companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos brasileiro e italiano*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano VII, n. 29, p. 45-87, abr./maio, 2005;

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009;

_____. *A nova ordem de vocação hereditária e a sucessão dos cônjuges*. In: Questões controvertidas no novo Código Civil. Coordenação: Mario Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. Série Grandes Temas de Direito Privado – Vol. 1. São Paulo: Método, 2006;

MADALENO, Rolf. *Concorrência sucessória e o trânsito processual*. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br>. Acesso em: 10 de novembro de 2015;

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A sucessão do cônjuge sobrevivente casado no regime da separação convencional de bens*. In: Revista do Tribunal Regional Federal: 3ª Região, n. 76, p. 41-46, mar./abr. 2006;

_____; MALUF, Adriana Caldas Dabus. *Curso de direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013;

OLIVEIRA, Euclides de. *Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano VII, n. 29, p. 26-44, abr./maio, 2005;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Direito das sucessões*. Atualização de Carlos Roberto Barbosa Moreira. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. VI;

REALE, Miguel. *O Cônjuge no novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em 25/10/15;

_____. *O projeto do novo Código Civil: situação após aprovação pelo Senado Federal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999;

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011;

SIMÃO, José Fernando. *Separação convencional, separação legal e separação obrigatória: reflexões a respeito da concorrência sucessória e o alcance do artigo 1.829, I, do CC – Recurso Especial n. 992.749/MS*. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister, ano 12, n. 15, p. 5-19, abr./maio, 2010;

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A evolução da proteção patrimonial dos cônjuges no Direito de Família: um estudo de caso do regime de separação de bens*. XXIV Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), Aracaju-SE, Junho de 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2635592>. Acesso em 09/10/15;

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 7ª ed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v.6;

TUCCI, José Rogério Cruz. *Paradoxo da corte. Jurisprudência sobre sucessão do cônjuge é instável*. Artigo publicado na Revista Consultor Jurídico (10/12/2013). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-10/paradoxo-corte-jurisprudencia-sucessao-conjuge-instavel>. Acesso em 06/10/15;

VENOSA, Sílvio de Sávio. *Código Civil Interpretado*, Ed. Atlas, São Paulo, 2010.